

EXCELENTÍSSIMO JUIZ FEDERAL DA 1ª VARA DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE TRÊS LAGOAS, MATO GROSSO DO SUL.

Processo nº 0002343-89.2014.4.03.6003

CARLOS CLEMENTINO MOREIRA FILHO, devidamente qualificado nos autos da **Ação Civil Pública** em epígrafe, que lhe move o **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**, vem, com o devido respeito perante Vossa Excelência, por intermédio dos advogados abaixo nomeados, manifestar-se a respeito das alterações legais trazidas pela Lei 14.230/21, o que faz pelas razões de fato e de direito a seguir expostas:

I. SÍNTESE FÁTICA:

Trata-se de Ação de Civil Pública por improbidade administrativa decorrente de suposta violação ao **art. 10, VIII**, da Lei de Improbidade Administrativa.

Alega o autor que o réu contestante teria atuado, em conjunto com agentes públicos e outros particulares, para fraudar o processo licitatório n. 059/2006, que contratou a empresa CSM – Construtora Sul-Matogrossense Ltda. para a revitalização da praça “Jan Antônio Bata”, pela Prefeitura de Bataguassu, MS.

O réu ofereceu sua contestação destacando sua ilegitimidade passiva, a prescrição e a ausência de prejuízo ao erário, inclusive acostando laudo que demonstra que a obra foi praticada por preço abaixo do de mercado à época.

A parte autora impugnou genericamente a contestação, afirmando que o dano ao erário é *in re ipsa*.

Ocorre que recentemente a Lei de Improbidade Administrativa foi substancialmente alterada, merecendo aplicação imediata de seus dispositivos.

Vejamos:

II. DAS ALTERAÇÕES LEGAIS TRAZIDAS PELA LEI 14.230/21:

A. Retroatividade:

A Lei 14.230/21, publicada em outubro de 2021, alterou, revogou e acrescentou inúmeros dispositivos da Lei 8429/92, a Lei de Improbidade Administrativa, destacando-se dentre eles a inclusão do §4º do art. 1º, que dispôs que: “*Aplicam-se ao sistema da improbidade disciplinado nesta Lei os princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*”.

O e. STJ, por sua vez, já determinou que, ao sistema do **direito administrativo sancionador** aplica-se o **art. 5º, XL da Constituição Federal**.

Eis o reiterado entendimento:

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. **PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENÉFICA AO ACUSADO. APLICABILIDADE.**

EFEITOS PATRIMONIAIS. PERÍODO ANTERIOR À IMPETRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 269 E 271 DO STF. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. (...)

III - Tratando-se de **diploma legal mais favorável ao acusado**, de rigor a aplicação da Lei Municipal n. 13.530/03, porquanto **o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpido no art. 5º, XL, da Constituição da República, alcança as leis que disciplinam o direito administrativo sancionador. Precedente.**

IV - Dessarte, cumpre à Administração Pública do Município de São Paulo rever a dosimetria da sanção, observando a legislação mais benéfica ao Recorrente, mantendo-se indenos os demais atos processuais.

V - A pretensão relativa à percepção de vencimentos e vantagens funcionais em período anterior ao manejo deste mandado de segurança, deve ser postulada na via ordinária, consoante inteligência dos enunciados das Súmulas n. 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.

Precedentes.

VI - Recurso em Mandado de Segurança parcialmente provido.

(RMS 37.031/SP, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe **20/02/2018**)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. A sindicância investigativa não interrompe prescrição administrativa, mas sim a instauração do processo administrativo.

2. O processo administrativo disciplinar é uma espécie de **direito sancionador**. Por essa razão, **a Primeira Turma do STJ declarou que o princípio da retroatividade mais benéfica deve ser aplicado** também no âmbito dos processos administrativos disciplinares. À luz desse entendimento da Primeira Turma, o recorrente defende a prescrição da pretensão punitiva administrativa.

(...)

(AgInt no RMS 65.486/RO, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe **26/08/2021**)

(...) 3. A norma administrativa mais benéfica, no que deixa de sancionar determinado comportamento, é dotada de eficácia retroativa.

Precedente: REsp 1.153.083/MT, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 19/11/2014).

(REsp 1402893/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 22/04/2019)

Além de tal do e. STJ, outras cortes estaduais já estão aplicando o entendimento:

APELAÇÃO CÍVEL. Ação civil pública. Pretensão direcionada a ex-prefeito do Município de Nipoã. 7. **Superveniência da Lei n. 14.203/2021 que, em seu artigo 1º, §4º estabelece ao sistema de improbidade a aplicação dos princípios constitucionais do Direito Administrativo Sancionador. Retroatividade da norma mais benéfica, por disposição específica da mesma (art. 1.º §4.º).**

(TJSP; Apelação Cível 1001594-31.2019.8.26.0369; Relator (a): Oswaldo Luiz Palu; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Foro de Monte Aprazível - 2ª Vara; Data do Julgamento: 10/11/2021; Data de Registro: 10/11/2021)

Nesse sentido, sem necessidade de delongas doutrinárias, imprescindível o reconhecimento de que a norma retroagiu em benefício dos acusados, inclusive do defendente.

B. Da ilegitimidade passiva da pessoa jurídica e sócios.

Reconhecido o cabimento da retroatividade da norma, necessária a observância a respeito da responsabilização de terceiros - que não são agentes públicos - uma vez que as novas disposições legais que alteram sobremaneira a legitimidade passiva das pessoas jurídicas e seus sócios.

Vejamos o recente texto legal da alteração trazida pela Lei 14.230/21:

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 1º Os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver

participação **e benefícios diretos**, caso em que responderão nos limites da sua participação. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º As sanções desta Lei **não se aplicarão à pessoa jurídica**, caso o ato de improbidade administrativa seja **também sancionado como ato lesivo à administração pública de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Verifica-se do texto acima que não há que se tentar implicar sócios, diretores, cotistas e colaboradores de pessoas jurídicas de direito privado, em especial em casos como o presente em que **não se indica qualquer ato pessoalmente praticado por algum sócio.**

Para que se inclua a pessoa física é necessário que se demonstre a participação DIRETA em quaisquer atos e os respectivos benefícios, o que não se verifica na espécie nem mesmo na narrativa exordial.

Inclusive, para a inclusão das pessoas físicas no polo passivo, segundo a nova lei, **é obrigatória a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica:**

Art. 16. § 7º A indisponibilidade de bens de terceiro dependerá da demonstração da sua efetiva concorrência para os atos ilícitos apurados ou, quando se tratar de pessoa jurídica, da instauração de **incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a ser processado na forma da lei processual.** (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Art. 17. § 15. Se a imputação envolver a **desconsideração de pessoa jurídica**, serão observadas as regras previstas nos arts. 133, 134, 135, 136 e 137 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

No entanto, não há sequer pedido de desconsideração da personalidade jurídica na exordial. O que há é a tentativa de se alcançar a responsabilidade patrimonial e bens de forma **indiscriminada**.

Não se vê na inicial nem pedido e muito menos fundamentação tendente a se desconsiderar a personalidade jurídica da empresa ré, não tendo cabimento, deste modo, qualquer pretensão de responsabilização do réu sócio.

Assim, evidente que tanto a pessoa jurídica quando seu sócio são partes ilegítimas, devendo ser esta ilegitimidade reconhecida, com consequente extinção do presente feito, sem julgamento de mérito.

Sem prejuízo, verifica-se ademais em nova alteração da norma, a necessidade de se considerar, *na fixação das penas relativamente ao terceiro, quando for o caso, a sua atuação específica, não admitida a sua responsabilização por ações ou omissões para as quais não tiver concorrido ou das quais não tiver obtido vantagens patrimoniais indevidas* (art. 17-C, g, VI), **sendo incabíveis as condenações pretendidas pelo autor ao peticionante.**

Tendo em vista a expressa vedação à condenação em dispositivo diverso do indicado na exordial, impossível qualquer condenação em desfavor do réu peticionante, merecendo ser excluído do feito.

C. Prescrição intercorrente:

Ainda reconhecendo-se que houve a retroatividade da norma em questão, há que se observar desde já a prescrição intercorrente estipulada no art. 23, *caput* e §4º, I da Lei de Improbidade Administrativa.

É disposto que o prazo prescricional é de 8 anos, que será interrompido na data do ajuizamento da ação, quando retomará a contagem por 4 anos.

Nesse sentido, observa-se que desde a causa interruptiva delimitada no inciso I, §4º no art. 23 da Lei 8429/92 já decorreram mais de quatro

anos, uma vez que a ação foi ajuizada em 2014, sem que tenha ocorrido qualquer outra causa de interrupção prevista nos demais incisos do §4º do art. 23 (sentença ou acórdão).

Portanto, requer desde já o reconhecimento da prescrição intercorrente e a extinção do feito.

D. Da imputação inicial que foi efetivamente alterada:

Conforme narrado, o autor propôs a presente ação visando a condenação do réu pela prática de atos de improbidade administrativa previstos no **artigo 10, VIII da Lei 8.429/92**, com a consequente aplicação das penalidades do art. 12, incisos II, da mesma lei.

Verifica-se, todavia, que houve substancial alteração na lei, com alteração ou revogação dos seguintes dispositivos.

Texto anterior	Redação atual
Art. 10, <i>caput</i> Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:	Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão <u>dolosa</u> , que enseje, efetiva e comprovadamente, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:
Art. 10, VIII frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente;	frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, <u>acarretando perda patrimonial efetiva:</u>

Há que se ressaltar, portanto, a relevante alteração do art. 10, VIII, no qual foi incluído textualmente o requisito de “perda patrimonial **efetiva**” para a configuração do ilícito.

Na espécie, verifica-se que a parte ré trouxe, em sua contestação, um laudo demonstrando que os valores contratados são inferiores aos de mercado para a época dos fatos, inexistindo qualquer perda patrimonial efetiva. O referido laudo, ademais, não foi impugnado pela parte autora, que se limitou a afirmar que o dano seria presumido.

Ressalta-se que o ônus da prova seria da parte autora, vedada expressamente inversão.

Portanto, não se pode perder de vista que em relação à tipificação do artigo 10 da LIA, exige-se a constatação de **prejuízo financeiro efetivo** ao Erário, sem o qual a condenação por ato de improbidade administrativa às penas do artigo 12, II, não pode subsistir.

Nesse sentido, inclusive, além da alteração no inciso VIII, houve ainda a inclusão do §1º do art. 10:

§1º Nos casos em que a inobservância de formalidades legais ou regulamentares não implicar **perda patrimonial efetiva**, **não ocorrerá imposição de ressarcimento**, vedado o enriquecimento sem causa das entidades referidas no art. 1º desta Lei.

Verifica-se que não existe ato de improbidade sem prova inconteste de perda patrimonial, o que não se verifica na espécie, mesmo porque o contrato foi completamente executado a preço inferior em comparação ao de mercado à época. A acusação é de “presunção” de prejuízo, o que não se aceita mais pela norma.

Inclusive, o art. 17-C vedou a presunção, quando trouxe a obrigatoriedade de a sentença *indicar de modo preciso os fundamentos que*

*demonstram os elementos a que se referem os arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, **que não podem ser presumidos** (17-C, I).*

Deste modo, se não há lesão, não cabe pedido de reparação de danos ao erário, sob pena de enriquecimento sem causa do ente público – VEDADO pelo ART. 10, §1º acima transcrito.

Com todas as vênias, não há de se falar em condenação por ato de improbidade previsto no artigo 10 da LIA fundado em um dano patrimonial presumido, hipotético e, na verdade, não ocorrido, visto que o contrato guerreado foi completamente cumprido, em especial quanto ao réu peticionante que em NADA se relacionou a tal contrato.

III. PEDIDO:

Diante do exposto, pede o requerido sejam considerados os argumentos acima, tendo em vista as novas previsões legais para, alternativamente, seja determinada sua exclusão do polo passivo da demanda, com a extinção sem julgamento de mérito, ou reconhecida a prescrição intercorrente ou a ausência mínima de indicação de prejuízos ao erário efetivos, julgando-se antecipadamente improcedente a ação.

Termos em que pede deferimento.

Campo Grande, MS, 16 de dezembro de 2021.

ARY RAGHIAN NETO
OAB/MS 5.449

ARNALDO PUCCINI MEDEIROS
OAB/MS 6.736

MAITÉ NASCIMENTO LIMA
OAB/MS 22.855